

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP210036-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin Dr. S. Janssen sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Urteil vom 26. April 2023

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____, Dr. iur.,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am
Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 24. Juni 2021 (FV190108-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 2 S. 2)

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin zu zahlen CHF 30'000.– zzgl. Zins von 5% seit 01.01.2003.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, letztere zzgl. 8 % MwSt, zu Lasten des Beklagten."

**Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am
Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 24. Juni 2021:**

(Urk. 125 = Urk. 130)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 5'300.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden der klagenden Partei auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet. Der nicht beanspruchte Teil des Vorschusses wird der klagenden Partei nach Rechtskraft des Entscheids zurückerstattet.
4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens (Geschäfts-Nr. NP180032-O) von CHF 3'950.– werden der klagenden Partei auferlegt und mit dem von ihr im Berufungsverfahren geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 6'670.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. Die von der klagenden Partei für die Parteientschädigung der beklagten Partei im erstinstanzlichen Verfahren bei der Gerichtskasse hinterlegte Sicherheit von CHF 5'000.– wird der beklagten Partei zahlungshalber an ihre Prozessentschädigung ausbezahlt.
7. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 5'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

8. Die von der klagenden Partei für die Parteientschädigung der beklagten Partei im Berufungsverfahren geleistete Sicherheit wird der beklagten Partei zahlungshalber an ihre Prozessentschädigung ausbezahlt.

9./10. (Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung).

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 129 S. 2 f.):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 24. Juni 2021 im Verfahren FV190108-L aufzuheben.
2. Es sei der Beklagte/Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Klägerin/Berufungsklägerin zu zahlen Fr. 30'000.--, zzgl. Zins von 5 % seit 01.01.2003.

Eventualiter sei die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens seien vollumfänglich dem Beklagten/Berufungsbeklagten aufzuerlegen und er sei zu verpflichten, der Klägerin/Berufungsklägerin eine Parteientschädigung von Fr. 6'670.--, inkl. gesetzlicher MwSt, zu entrichten.
4. Die von der Klägerin bei der Gerichtskasse für das erstinstanzliche Verfahren hinterlegte Sicherheit von Fr. 5'000.-- sowie der Gerichtskostenvorschuss von Fr. 7'500.-- seien an die Klägerin freizugeben.
5. Die Gerichtskosten des erstmaligen Berufungsverfahrens (Geschäfts-Nr. NP180032-O) von Fr. 3'950.-- seien dem Beklagten/Berufungsbeklagten aufzuerlegen und er sei zu verpflichten, der Klägerin/Berufungsklägerin eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.--, inkl. gesetzlicher MwSt, zu entrichten.
7. Die Gerichtskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens seien dem Beklagten/Berufungsbeklagten aufzuerlegen und er sei zu verpflichten, der Klägerin/Berufungsklägerin für das vorliegende Berufungsverfahren eine angemessene Parteientschädigung, zzgl. gesetzlicher MwSt, zu bezahlen."

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 135 S. 4):

"Die Berufung sei abzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Klägerin / Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) hatte der damaligen Anwaltskanzlei B.____ C.____ (Kollektivgesellschaft) resp. dem Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagter), Partner der Anwaltskanzlei, mit Vollmacht vom 8. Mai 2002 ein Mandat zur Wahrung ihrer Interessen in Sachen "Ehescheidung etc." erteilt (Urk. 4/1). Der Inhalt des Mandats ist weitgehend umstritten. Festgehalten werden kann immerhin, dass es die Überprüfung zweier handschriftlicher Vereinbarungen der Klägerin mit ihrem Ehemann D.____ (fortan Ehemann oder D.____) vom 21. März und 8. Juni 1999 zum Gegenstand hatte (Urk. 4/6; Urk. 4/7), welche unter anderem die hälftige Beteiligung der Klägerin an allen Liegenschaften des Ehemannes und ein Schenkungsversprechen über die andere Hälfte dieser Vermögenswerte vorsahen. Aus dieser Überprüfung resultierte der streitgegenständliche Gesellschafts- und Schenkungsvertrag vom 10. Juli 2002, welcher in Rücksprache mit den Eheleuten zustande kam und am 10. Juli 2002 durch Notar Dr. E.____, ... F.____, (fortan Notar E.____) beurkundet wurde (Urk. 4/14). Im September 2002 wollte die Klägerin das Schenkungsversprechen vollziehen und die ihr vertraglich zugesicherten Liegenschaften in ihr Alleineigentum überführen lassen. Während dies für die im Kanton Aargau gelegenen Grundstücke gelang (Urk. 4/16-20), verweigerten die Zürcher Grundbuchämter G.____ und H.____ sowie die Basel-Landschaftlichen Grundbuchämter I.____ und J.____ die Eigentumsübertragungen unter anderem aufgrund mangelhafter Beurkundung des Schenkungsversprechens durch einen ausserkantonalen und damit unzuständigen Notar (Urk. 4/21-26). Bereits mit Schreiben vom 15. August 2002 hatte D.____ der Klägerin mitgeteilt, hinsichtlich des am 10. Juli 2002 beim Notar E.____ beurkundeten Gesellschafts- und Schenkungsvertrags Grundlagentum zu erklären, und er widerrief sämtliche Schenkungsversprechen (Urk. 18/11). Mit Schreiben vom 19. November 2002 teilte der Beklagte der Klägerin die Niederlegung des Mandats mit (Urk. 4/27).

2. Mit Eingabe vom 24. Februar 2003 reichte die Klägerin beim Bezirksgericht Zürich Klage gegen D._____ ein mit dem Begehren, sie sei gestützt auf den Gesellschafts- und Schenkungsvertrag vom 10. Juli 2002 im Grundbuch der Stadt H._____ als Alleineigentümerin des Grundstücks an der K._____ -strasse ... in H._____ einzutragen. Eventualiter, falls das Gericht von der Ungültigkeit des Gesellschafts- und Schenkungsvertrags ausgehen sollte, sei festzustellen, dass D._____ ihr eine Entschädigung bezahlen müsse. Gleichzeitig verkündete sie Notar E._____, dem Beklagten sowie der Kanzlei B._____ C._____ den Streit. Alle Streitberufenen traten dem Prozess als Nebenintervenienten auf Seiten der Klägerin bei (Urk. 18/13-14). Ebenfalls im Jahr 2003 reichte D._____ beim Bezirksgericht Zürich die Scheidungsklage ein, welche laut angefochtenem Entscheid noch hängig ist (Urk. 130 S. 13). Am 22. Dezember 2006 schlossen die Klägerin und D._____ (und weitere Beteiligte) eine Vereinbarung, welche u.a. vorsah, dass der öffentlich beurkundete Vertrag vom 10. Juli 2002 sowie vorerfolgte handschriftliche Vereinbarungen entschädigungslos und rückwirkend aufgehoben würden (Urk. 18/49), und am 19. Januar 2007 schlossen die Klägerin und D._____ in Vollzug der genannten Vereinbarung vom 22. Dezember 2006 einen öffentlich beurkundeten Vertrag mit dem Titel "Aufhebung eines Gesellschafts- und Schenkungsvertrags vom 10. Juli 2002" (Urk. 82/69). Am 6. März 2007 zog die Klägerin gestützt auf den am 22. Dezember 2006 eingegangenen Vergleich die Klage betreffend das Mehrfamilienhaus in H._____ zurück, und das Verfahren wurde mit Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Oktober 2007 als erledigt abgeschrieben (Urk. 18/14). Am 28. Oktober 2010 schlossen die Klägerin und D._____ einen weiteren öffentlich beurkundeten Vertrag, betitelt mit "Aufhebung eines Gesellschafts- und Schenkungsvertrags vom 10. Juli 2002 mit Übertragung von Grundeigentum im Kanton Aargau" (Urk. 18/35).

3. Mit vorliegender Teilklage fordert die Klägerin vom Beklagten gestützt auf die behauptete Sorgfaltspflichtverletzung im Zusammenhang mit den verweiger-ten Grundbuchanmeldungen Schadenersatz im Umfang von Fr. 30'000.- zuzüglich Zins (Urk. 2 S. 2 und S. 31 ff.). Der Beklagte bestreitet die Forderung. Neben der bestrittenen Sorgfaltspflichtverletzung und dem fehlenden Schadenseintritt

hält sich der Beklagte für nicht passivlegitimiert und eine allfällige Forderung für verjährt (Urk. 17 S. 5 ff.).

4. Die Klage samt Klagebewilligung ging bei der Vorinstanz am 14. März 2016 ein (Urk. 1, 2). Die Vorinstanz beschränkte in einem ersten Schritt das Prozess-thema auf die Fragen der Passivlegitimation und der Verjährung. Mit Urteil vom 31. Oktober 2018 wies sie die Klage ab (Urk. 57 S. 25 f.). Die von der Klägerin am 13. Dezember 2018 erhobene Berufung hiess die Kammer mit Beschluss vom 27. Mai 2019 gut, bejahte in Bezug auf den Beklagten die Passivlegitimation, verneinte den Eintritt der Verjährung und wies die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens und zur Prüfung der materiellen Voraussetzungen der eingeklagten Schadener-satzforderung an die Vorinstanz zurück (Urk. 77 S. 20 f.).

5. Das Verfahren des Bezirksgerichts Zürich wurde unter der Geschäfts-Nr. FV190108 fortgesetzt. Der genaue Prozessverlauf vor Vorinstanz kann dem an-gefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 130 S. 3 f.). Mit Urteil vom 24. Juni 2021 wies die Vorinstanz die Klage ab (Urk. 130 S. 46). Die Klägerin erhob am 1. September 2021 wiederum Berufung (Urk. 129). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht erstattet (Urk. 131, 132). Die Berufungsantwort datiert vom 2. Dezem-ber 2021 (Urk. 135). Mit Verfügung vom 7. Dezember 2021 wurde die Berufungs-antwort der Klägerin zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 136 S. 2). Mit Eingabe vom 15. Dezember 2021 verlangte die Klägerin, es sei in einer prozessleitenden Verfügung festzustellen, dass die Berufungsantwort verspätet eingereicht worden sei, und sie sei aus dem Recht zu weisen (Urk. 139 S. 1). Der Beklagte seiner-seits reichte mit Eingabe vom 16. Dezember 2021 diverse Unterlagen zum Zu-stell- und Sendungsnachweis ein (Urk. 140 und 141/1-6) und ergänzte dies mit einem Nachtrag vom 17. Dezember 2021 (Urk. 142, 143/1-2). Mit Verfügung vom 19. Januar 2022 wurde der Klägerin Frist für eine Stellungnahme zur Berufungs-antwort und zu den gegnerischen Eingaben vom 16. und 17. Dezember 2021 an-gesetzt (Urk. 145 S. 2). Die Klägerin machte mit Eingabe vom 10. Februar 2022 von ihrem Replikrecht Gebrauch (Urk. 146). Am 22. Februar 2022 fand ein Refe-rentenwechsel statt. Die Urkunde 146 wurde am 8. März 2022 der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 147). Mit Verfügung vom 14. März 2022 wur-

de dem Beklagten antragsgemäss Frist für eine Stellungnahme im Sinne des sog. "Replikrechts" angesetzt (Urk. 149 S. 2), welche rechtzeitig erstattet (Urk. 150) und am 22. April 2022 der Klägerin zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 151).

6. Der Beklagte hat mit den nachgereichten Unterlagen nachgewiesen, dass ihm die Verfügung vom 26. Oktober 2021 zur Erstattung der Berufungsantwort entgegen dem ursprünglichen Sendungsnachweis (Urk. 134 Blatt 2) nicht am 1. November 2021, sondern erst am 2. November 2021 zugestellt wurde (vgl. Urk. 143/1, 143/2). Die Berufungsantwort ist daher rechtzeitig eingegangen. Davon geht auch die Klägerin in ihrer Stellungnahme zur Berufungsantwort aus (Urk. 146 S. 5).

7. Auf die Vorbringen der Parteien ist nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

II.

1. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.w.Hinw. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBl 2006, S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensfrage voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mit genügend präzisen Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben

soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22).

2. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun (BGer 5A_330/2013 vom 24.09.2013, E. 3.5.1; 5A_266/2015 vom 24.06.2015, E. 3.2.2).

3. Die Klägerin machte vor Vorinstanz geltend, der Beklagte habe seine Sorgfaltspflicht verletzt, indem er sie nicht darüber aufgeklärt habe, dass der Gesellschafts- und Schenkungsvertrag vom 10. Juli 2002 zwischen ihr und D._____ in Bezug auf jedes betroffene Grundstück eine Beurkundung im Belegenheitskanton benötigt hätte, um vollstreckbar zu sein (Urk. 130 S. 5). Sie stellte sich auf den Standpunkt, der Vertrag sei bezüglich der nicht im Kanton Aargau gelegenen Grundstücke nichtig (Urk. 130 S. 19). Der Beklagte hielt dem im Wesentlichen entgegen, es sei nicht Teil des Auftrags an die Kanzlei gewesen, der Klägerin gestützt auf den Gesellschafts- und Schenkungsvertrag Alleineigentum an den Liegenschaften zu verschaffen. Hinsichtlich der schenkungsrechtlichen Bestimmungen habe der Vertrag vorvertraglichen Charakter gehabt, Ziel sei vielmehr die Regelung der Zusammenarbeit der Eheleute in der einfachen Gesellschaft gewesen. Ausserdem hätten die Klägerin und ihr Ehemann den Gesellschafts- und Schen-

kungsvertrag durch mehrere Vereinbarungen vollumfänglich und rückwirkend aufgehoben (Urk. 130 S. 6, S. 19).

4.1 Die Vorinstanz prüfte als Erstes die behauptete Sorgfaltspflichtverletzung. Sie gab die Vereinbarung vom 10. Juli 2002 in ihrem Entscheid wieder; es kann darauf verwiesen werden (Urk. 130 S. 11 ff.). Sie legte sie nach dem Vertrauensprinzip aus und folgerte, dass der erteilte Auftrag an den Beklagten betreffend das Schenkungsversprechen so auszulegen sei, dass die Klägerin einen hinsichtlich der Schenkung der betreffenden Liegenschaften direkt vollstreckbaren Vertrag beansprucht habe. Selbst wenn von einem Vorvertrag im Sinne von Art. 22 OR auszugehen wäre, wie das der Beklagte behauptete, hätte dieser der gleichen Form wie der Vertrag - vorliegend der öffentlichen Beurkundung - bedurft (Urk. 130 S. 20 f.). Festzuhalten sei - so die Vorinstanz -, dass der Auftrag an den Beklagten betreffend den Gesellschafts- und Schenkungsvertrag darin bestanden habe, diesen so zu redigieren bzw. anzupassen, dass die Klägerin gestützt darauf berechtigt werde, hinsichtlich der streitgegenständlichen Grundstücke die Grundbuchanmeldung als Eigentümerin selber vorzunehmen (Urk. 130 S. 22).

4.2 Zur Thematik "Kenntnis der beurkundungsrechtlichen Formvorschriften" erwog die Vorinstanz, die örtliche Zuständigkeit der Urkundsperson sei Beurkundungsvoraussetzung und vom Notar von Amtes wegen zu prüfen. Der aargauische Notar sei für die öffentliche Beurkundung des Gesellschafts- und Schenkungsvertrags an sich nicht unzuständig gewesen. Dass eine von ihm beurkundete Schenkung von auswärtigen Grundstücken - auch wenn er den fraglichen Vertrag als Vorvertrag verstanden haben sollte - vom Belegenheitskanton nicht anerkannt werde, habe ihm bekannt sein müssen. Ob Notar E._____ die Klägerin und D._____ über diesen Umstand aufgeklärt habe, spiele jedoch keine Rolle. Es stelle sich vielmehr die Frage, ob es zur Aufgabe des mit der Ausgestaltung und Redaktion des öffentlich zu beurkundenden Vertrags beauftragten Rechtsanwalts gehöre, die Klientschaft auf diese für die öffentliche Beurkundung durch Notariate geltenden Zuständigkeits- bzw. Anerkennungsvorschriften hinzuweisen. Von einem beratend tätigen Rechtsanwalt könne nicht erwartet werden, Kenntnis aller Notariats- und Beurkundungsvorschriften zu haben. Der Beklagte habe gewusst,

dass der Gesellschafts- und Schenkungsvertrag für weitere Vorkehrungen am 5. Juli 2002 Notar E. _____ zugestellt werde, wobei es zur Aufgabe des Notars gehöre, die Gültigkeit der Urkunde zu prüfen und für deren materiell- und registerrechtliche Eintragungsfähigkeit zu sorgen. Daher habe der Beklagte davon ausgehen können, dass der Gesellschafts- und Schenkungsvertrag auf Einhaltung von etwaigen durch ihn nicht beachteten und für die öffentliche Beurkundung massgebenden Vorschriften von einem Notar geprüft werde und dieser ohnehin alle den Beurkundungsvorgang betreffenden Vorschriften einhalten werde. Es sei dem Beklagten keine Sorgfaltspflichtverletzung dafür vorzuwerfen, die Klägerin über die Notwendigkeit der öffentlichen Beurkundung am Belegenheitsort eines Grundstücks nicht hingewiesen zu haben (Urk 130 S. 23 ff.).

4.3 Die Vorinstanz verwarf den klägerischen Einwand, der Beklagte habe es unterlassen, die Liegenschaften im Gesellschafts- und Schenkungsvertrag in geforderter Masse zu beschreiben, so dass sie direkt hätten im Grundbuch eingetragen werden können. Sie erwog, es genüge Bestimmbarkeit. Zudem sei für eine vollständige Beschreibung des Kaufobjekts die Urkundsperson verantwortlich. Der Beklagte habe wie erwähnt davon ausgehen dürfen, dass Notar E. _____ den Gesellschafts- und Schenkungsvertrag hinsichtlich der Beschreibung der Grundstücke auf Gültigkeit hin überprüfen werde (Urk. 130 S. 27).

4.4 Die Vorinstanz äusserte sich weiter zu Ziff. 9.3 des Gesellschafts- und Schenkungsvertrages mit folgendem Wortlaut: "A. _____ steht ein Optionsrecht zu, anstelle des Realvollzuges des Schenkungsversprechens eine im Wert äquivalente Entschädigungssumme zu verlangen. [...]" Die Klägerin - so die Vorinstanz - stelle sich auf den Standpunkt, dass es sich bei diesem Optionsrecht um eine Alternativbefugnis handle, anstelle der geschuldeten Hauptleistung (Liegenschaften) eine andere Leistung (Entschädigungssumme) zu verlangen. Der Beklagte hätte das Optionsrecht nicht als Alternativermächtigung, sondern explizit als Wahlobligation mit Wahlbefugnis der Klägerin ausgestalten und die richtige Wahl - die Entschädigungszahlung anstelle der nichtigen Schenkung - treffen müssen. Auch habe er es unterlassen, den Vertrag mit einer "salvatorischen Klausel" zu versehen (Urk. 130 S. 28 f.). Demgegenüber sei der Beklagte der Auf-

fassung, es handle sich nicht um eine Alternativermächtigung, sondern um eine Wahlobligation mit Wahlrecht der Klägerin. Der Ehemann habe nicht erfüllen können, bevor die Klägerin die Wahl getroffen habe. Die Klägerin habe sich für den Schenkungsvollzug und gegen die Entschädigungssumme entschieden (Urk. 130 S. 29). Die Vorinstanz resumierte, die Klägerin behaupte zwar, dem übereinstimmenden gegenseitigen Willen der Eheleute habe es entsprochen, dass nur die Schenkung als vertraglich vereinbarte Leistung geschuldet sei und bei deren Dahinfallen auch die Ersatzleistung nicht gefordert werden könne. Das Verständnis des Optionsrechts nach Ziff. 9.3 lasse sich nicht zugunsten der klägerischen Ansicht feststellen, weshalb dem Beklagten auch keine Sorgfaltspflichtverletzung im Zusammenhang mit der Ausgestaltung dieser Vertragsziffer vorgeworfen werden könne. Weiter sei hier zu beachten, dass die Klägerin den Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und der in Zusammenhang mit der Ausgestaltung des Optionsrechts (Alternativermächtigung und nicht Wahlobligation) geltend gemachten Sorgfaltspflichtverletzung nicht behaupte, wodurch dieser Anspruch auch aus diesem Grund abzuweisen wäre (Urk. 130 S. 30 f.).

5.1 Die Vorinstanz prüfte alsdann den Schaden. Sie erwog, die Klägerin mache einen Schaden geltend, welcher ihr dadurch entstanden sei, dass aufgrund der mangelhaften Beurkundung des Gesellschafts- und Schenkungsvertrags das Eigentum an den Liegenschaften in G._____ und H._____ nicht auf sie habe übertragen werden können. Bezüglich der Liegenschaften in G._____ (fünf Mehrfamilienhäuser am L._____weg ... und ... sowie der M._____strasse ...-...) habe die Klägerin ausgeführt, D._____ habe alle am 4. Juni 1998 für Fr. 4'850'000.– gekauft und am 28. April 2006 für Fr. 6 Mio. verkauft. Beide Liegenschaftengruppen seien während der gesamten Haltedauer mit Hypotheken von insgesamt Fr. 3'700'000.– belastet gewesen. Unter Berücksichtigung einer linearen Wertsteigerung sei der Wert am Stichtag vom Oktober 2002 bei Fr. 5'425'000.– gelegen. Abzüglich der genannten Hypotheken von Fr. 3'700'000.– ergebe dies einen Schaden bei der Klägerin von Fr. 1'725'000.–. Eine lineare Wertsteigerung ergebe sich auch aus der Entwicklung des Index für Konsumentenpreise in der Schweiz. Das Mehrfamilienhaus in H._____ habe D._____ am 8. Mai 2002 für Fr. 1'150'000.– erworben und am 9. November 2006

für Fr. 1'300'000.– weiterverkauft und sei mit einer Hypothek von Fr. 920'000.– belastet gewesen. Wenn die Klägerin die Liegenschaft im Oktober 2002 hätte zu Eigentum übernehmen können, hätte sich ihr Vermögen um mindestens Fr. 230'000.– erhöht (Urk. 130 S. 32 f.). Würde sie, die Klägerin, dereinst einen Teil des Werts der Errungenschaft des Ehemannes - und damit der streit betroffenen Liegenschaften im Kanton Zürich - tatsächlich aus Scheidung erhalten, so könnte das maximal die Hälfte des Werts der Schenkung ausmachen. Es sei jedoch nicht zulässig, rein hypothetische künftige güterrechtliche oder erbrechtliche Zuwendungen vom Schaden in Abzug zu bringen (Urk. 130 S. 33).

Demgegenüber mache der Beklagte geltend, sämtliche Vermögensvermindernungen, die auf den Willen der Klägerin selbst zurückgingen, seien mangels Unfreiwilligkeit nicht als Schaden zu betrachten. Einerseits gehe es dabei um den Rückzug der Klage, mit welcher die Klägerin Realdurchsetzung und eventualiter Geldersatz gemäss Ziff. 9.3 des Gesellschafts- und Schenkungsvertrages eingeklagt habe. Eine Forderung auf Geldersatz sei ein gültiger Anspruch gewesen. Andererseits sei die vollumfängliche, ersatzlose und rückwirkende Aufhebung des Gesellschafts- und Schenkungsvertrages ebenfalls eine auf dem freien Willen der Klägerin beruhende Vermögensdisposition; dies betreffe alle Elemente und Ansprüche der Urkunde (u.a. den Anspruch auf äquivalente Geldforderung sowie auf Übertragung von Anteilen an Gesellschaften, Genossenschaften und dergleichen). Zudem habe die Klägerin einen güterrechtlichen Anspruch auf die Hälfte des Vorschlags des Ehemannes. Ihr Vermögen sei weit höher als der hypothetische Vermögensstand nach einer Übertragung der Liegenschaften in ihr Alleineigentum und daran anschliessender Scheidung. Das Vermögen des Ehemannes sei mittlerweile auf einen dreistelligen Millionenbetrag angewachsen. Die Höhe des geltend gemachten Schadens sei nicht substantiiert (Urk. 130 S. 33 f.).

5.2 Nach eingehender Darlegung der Rechtslage zum Schadensbegriff (Urk. 130 S. 34 f.) erwog die Vorinstanz, die Klägerin mache hier den Schaden geltend, welcher ihr dadurch entstanden sei, dass aufgrund der mangelhaften Beurkundung des Gesellschafts- und Schenkungsvertrages das Eigentum an den Liegenschaften in G._____ und H._____ nicht auf sie habe übertragen werden

können. Die Unfreiwilligkeit einer Vermögensverminderung beziehe sich auf das schadenverursachende Ereignis, da lediglich dieses ungewollt sein müsse. Die spätere Aufhebung des Gesellschafts- und Schenkungsvertrags sowie der Klagerückzug hätten - entgegen der beklaglichen Ansicht - keinen Einfluss auf die Schadensentstehung. Im Jahre 2003 sei die Scheidung der Klägerin und von D._____ anhängig gemacht worden. Die Parteien hätten unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung gelebt. Die Klägerin mache den Schaden in Bezug auf betroffene Grundstücke in G._____ und H._____ geltend und nicht in Bezug auf alle mit dem Gesellschafts- und Schenkungsvertrag geschenkten Liegenschaften bzw. Anteile. Die Vermögensverminderung sei lediglich in Bezug auf die Liegenschaften in G._____ und H._____ zu prüfen. Beide Grundstücke seien zwischen der Auflösung des Güterstandes und der güterrechtlichen Auseinandersetzung veräussert worden. Bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung stünde der Klägerin die Hälfte des Nettoerlöses der beiden Liegenschaften zu, und dabei handle es sich nicht, wie die Klägerin behaupte, um eine hypothetische Zuwendung (Urk. 130 S. 35 f.).

5.3 Die Vorinstanz erwog in der Folge, die von der Klägerin geltend gemachten Nettowerte der Liegenschaften seien nicht substantiiert. Dies betreffe sowohl die Liegenschaften in G._____ wie diejenige in H._____ (Urk. 130 S. 37). Die von der Klägerin eingereichten Produktvereinbarungen der N._____ vom 17. September 1998 für die Liegenschaften am L._____ -weg .../... und an der M._____ -strasse .../.../... in G._____ würden jeweils Kredite in der Höhe von Fr. 200'000.- mit einem variablen Zinssatz von 4 $\frac{3}{4}$ % p.a. und einer jährlichen Amortisation von Fr. 25'000.- (indirekte Amortisation über Police der Winterthur-Leben) betreffen. Die beiden weiteren Produktvereinbarungen vom 20. Dezember 2001 für die genannten Liegenschaften würden jeweils Kredite in der Höhe von Fr. 1'650'000.- mit einem variablen Zinssatz von 4,5 % p.a. betreffen. Anhand dieser vier Produktvereinbarungen, welche die Höhe des Kredits zum Zeitpunkt ihres Abschlusses im September 1998 und im Dezember 2001 angeben würden, lasse sich die tatsächliche, vom Bruttowert der Liegenschaften abzuziehende Hypothekarbelastung nicht ableiten; die Höhe der tatsächlichen Hypothekarbelastung zu den relevanten Zeitpunkten werde von der Klägerin auch nicht behauptet. Hinsichtlich der Lie-

genschaft in H._____ argumentierte die Vorinstanz, die Klägerin behaupte, diese sei sowohl beim Erwerb am 8. Mai 2002 für Fr. 1'150'000.– als auch beim Verkauf am 9. November 2006 für Fr. 1'300'000.– mit einer Hypothek von Fr. 920'000.– belastet gewesen. Damit behaupte die Klägerin die tatsächliche Hypothekarbelastung im Oktober 2002 nicht. Auch sei dem Kaufvertrag vom 8. Mai 2002 eine Hypothek in der besagten Höhe nicht zu entnehmen; eine solche werde lediglich im Kaufvertrag vom 9. November 2006 erwähnt (Urk. 130 S. 37). Die Geltendmachung einer Teilklage, so die Vorinstanz, befreie die Klägerin nicht davon, den Schaden und somit die Höhe des Nettowertes der Liegenschaften rechtsgenügend zu behaupten. Das von der Klägerin als Beweismittel offerierte Gutachten über den Wert der Liegenschaften im Oktober 2002 sei unbehelflich, da es nicht an einem gerichtlich zu bestellenden Sachverständigen sei, der Klägerin den Schadensnachweis abzunehmen. Vor diesem Hintergrund könne auch offen gelassen werden, ob für den Wert der Liegenschaften in G._____ im Oktober 2002 von einem anhand der linearen Wertsteigerung bzw. der Teuerung errechneten Bruttowert von Fr. 5'425'000.– auszugehen sei. Die Höhe des Schadens sei nicht genügend behauptet, weshalb nicht zu prüfen sei, wie sich die rückwirkende Aufhebung des Gesellschafts- und Schenkungsvertrages auf diesen ausgewirkt habe (Urk. 130 S. 32 ff., S. 38).

6.1 Betreffend den Kausalzusammenhang stellte sich die Klägerin vor Vorinstanz auf den Standpunkt, dass der Beklagte bei sorgfältiger Vertragsausübung dafür gesorgt hätte, dass erstens die Grundstücke unter Beizug der Grundbuchsätze richtig bezeichnet worden wären und zweitens der Gesellschafts- und Schenkungsvertrag in jedem Kanton, in welchem vom Schenkungsversprechen betroffene Grundstücke liegen, beurkundet worden wäre. Damit wären die entsprechenden Liegenschaften in ihr Eigentum übertragen worden. Der Beklagte bestritt das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs und machte im Wesentlichen geltend, erstens sei es aus den von der Klägerin gesetzten zeitlichen und inhaltlichen Grenzen unmöglich gewesen, im Juli 2002 unmittelbar eintragungsfähige Forderungstitel zu verschaffen, die es der Klägerin ermöglicht hätten, sämtliche Positionen des gesellschaftlichen Anfangsvermögens (Ziff. 2.1 bis 2.16 des Gesellschafts- und Schenkungsvertrags) auch gegen den Willen des Ehemannes mit

gerichtlichem Zwang zur direkten Eintragung ins Grundbuch zu erstreiten. Hierfür wäre ein ganz anderes Vertragswerk nötig gewesen als das von Notar E. _____ beurkundete. Es wären u.a. auch Zustimmungen von Grundpfandgläubigern zu Schuldnerwechseln, der zuständigen Organe diverser Aktiengesellschaften und Genossenschaften zur Abtretung ihrer Beteiligungsrechte sowie der Partner der einfachen Gesellschaft O. _____ beizubringen gewesen. Selbst wenn die Klägerin von der Kanzlei derartiges verlangt hätte, wäre es ein Ding der Unmöglichkeit gewesen, dies vor den Sommerferien 2002 zu bewerkstelligen. Der Ehemann wäre zu einem solchen Vorgehen niemals bereit gewesen, und die Klägerin behauptete das nicht einmal. Im Gegenteil, der Ehemann habe auf eine Beurkundung bei einem von ihm selbst gewählten Notar gedrängt. Zweitens habe D. _____ den Gesellschafts- und Schenkungsvertrag wegen Grundlagenirrtums angefochten. D. _____ hätte diesen Willensmangel auch dann geltend gemacht, wenn weitere Verträge öffentlich beurkundet worden wären. Dazu habe die Klägerin den Kausalzusammenhang durch eigenes Handeln unterbrochen, indem sie und D. _____ den Gesellschafts- und Schenkungsvertrag vom 10. Juli 2002 integral und rückwirkend und gleich in drei Vertragswerken aufgehoben hätten (Urk. 130 S. 38 ff.).

6.2 Die Vorinstanz verneinte den Kausalzusammenhang. Sie kam zum Schluss, dass die Klägerin nicht schlüssig behauptet habe, dass der Ehemann überhaupt bereit gewesen wäre, neben der öffentlichen Beurkundung beim Notar E. _____ die öffentlichen Beurkundungen an allen weiteren Belegenheitsorten der betroffenen Grundstücke vorzunehmen, d.h. den Weg und die Kosten auf sich zu nehmen. Vielmehr sei auf das Gegenteil zu schliessen, zumal D. _____ als Grund für die öffentliche Beurkundung in F. _____ angegeben habe, Zeit und Kosten sparen zu wollen. Weiter sei davon auszugehen, dass die Klägerin mit den Kindern schon um den 15. Juli 2002 in die Ferien gefahren sei. Die öffentliche Beurkundung habe am 10. Juli 2002 stattgefunden und der dritte Entwurf [des Vertrags] sei der Klägerin am 28. Juni 2002 durch Rechtsanwalt P. _____ übergeben worden. Es sei davon auszugehen, dass vor der Abreise der Klägerin in die Sommerferien es für sie und ihren Ehemann zeitlich nicht möglich gewesen wäre, alle am jeweiligen Belegenheitsort des Grundstücks vorzunehmenden öffentlichen Beurkundungen tatsächlich vorzunehmen. Dass die Klägerin und D. _____ die weiteren Beurkun-

dungen nach der Rückkehr aus den Sommerferien vorgenommen hätten, habe die Klägerin nicht behauptet. Selbst bei Vorliegen einer Sorgfaltspflichtverletzung sei eine überwiegende Wahrscheinlichkeit zwischen der Unterlassung des Beklagten und dem behaupteten Schaden nicht gegeben. Vor diesem Hintergrund könne offen gelassen werden, wie sich die Anfechtung des Gesellschafts- und Schenkungsvertrags und die späteren Aufhebungen auf den Kausalzusammenhang ausgewirkt hätten (Urk. 130 S. 40 ff.).

7.1 In der Berufung macht die Klägerin im Zusammenhang mit der Sorgfaltspflichtverletzung geltend, die Vorinstanz verkenne den Mandatsinhalt; die Redaktion eines direkt vollstreckbaren Vertrags habe nur einen Teil des Mandats dargestellt. Das Mandat habe auch die Pflicht beinhaltet, alles Notwendige vorzukehren, damit die Beurkundung bezüglich der Zürcher Liegenschaften auch tatsächlich beim zuständigen Zürcher Amtsnotar durchgeführt werde (Urk. 129 S. 15). Damit die Klägerin als Klientin am Ende tatsächlich einen direkt vollstreckbaren Vertrag in Händen gehalten hätte, habe das Mandatsverhältnis in jedem Fall auch die Sicherstellung der Beurkundung der Zürcher Liegenschaften beim zuständigen Zürcher Amtsnotar beinhaltet. Die Vorinstanz habe in willkürlicher Weise das Mandat auf die Vertragsredaktion und -anpassung beschränkt (Urk. 129 S. 18).

Es gelte, dass der Anwalt die massgebenden Gesetze, die publizierte höchstgerichtliche Rechtsprechung und die Standardliteratur kennen müsse (Urk. 129 S. 19 f.). Entgegen der Auffassung der Vorinstanz genüge es nicht, dass der Anwalt darauf vertraue, dass der Aargauer Notar die Vertragsparteien bezüglich der Zürcher Grundstücke nach Hause schicke und die Beurkundung ablehne (Urk. 129 S. 21). Es wäre die Pflicht des Beklagten gewesen, die Klägerin von Anfang an darauf hinzuweisen oder zumindest zu veranlassen, dass die Beurkundung der Zürcher Liegenschaften beim zuständigen Amtsnotariat im Kanton Zürich erfolge. Es sei Teil des Auftrags gewesen, für die Auswahl eines zuständigen Notars besorgt zu sein (Urk. 129 S. 20 f., S. 25 ff.).

Betreffend das Optionsrecht in Ziff. 9.3 des Vertrages habe die Klägerin einen tatsächlichen Konsens bezüglich der Alternativermächtigung behauptet; es handle sich nicht um eine Wahlobligation. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei

sie nicht gehalten gewesen, "Umstände des Vertragsschlusses, welche zugunsten ihrer Ansicht sprechen würden" darzulegen. Es sei keine Bestreitung der tatsächlichen Behauptung erfolgt (Urk. 129 S. 29 ff.). Zum gleichen Ergebnis kommt die Klägerin nach dem normativen Konsens. Nach dem klaren Wortlaut müsse die Option in Ziff. 9.3 des Vertrages als Alternativermächtigung ausgelegt werden und der Beklagte habe es versäumt, die Pflicht zur Leistung einer äquivalenten Entschädigung als Wahlobligation auszugestalten, die auch dann fortbestehe, wenn bezüglich der Zürcher Liegenschaften keine rechtswirksame Verpflichtung zur Realerfüllung bestehe oder auch sonst der Realvollzug verunmöglicht werde (Urk. 129 S. 35). Indem die Vorinstanz sich geweigert habe, eine Auslegung von Ziff. 9.3 nach dem unbestritten gebliebenen tatsächlichen Konsens vorzunehmen, habe sie den Anspruch der Klägerin auf rechtliche Beurteilung und auf rechtliches Gehör verletzt (Urk. 129 S. 37).

Im Wissen um die absolute Formnichtigkeit hätte der Beklagte bei Vorliegen einer Wahlobligation die Realvollzugsanmeldung niemals einreichen dürfen. Er hätte die Klägerin über die absolute Formnichtigkeit der Schenkung der Zürcher Liegenschaften aufklären und die richtige Wahl zugunsten der Entschädigung in Geld treffen bzw. die Klientin zu dieser richtigen Wahl anhalten müssen, was er jedoch unterlassen habe (Urk. 129 S. 39).

7.2 Betreffend den Schaden macht die Klägerin im Wesentlichen geltend, sie müsse nicht den Millionenschaden frankengenau erörtern; es genüge im Rahmen der vorliegenden Teilklage, dass das Gericht zur Überzeugung gelange, dass der Schaden jedenfalls Fr. 30'000.– betrage. Der Eintritt des Schadens in der Höhe des Nettowerts der sechs Liegenschaften in G._____ und H._____ sei unzweifelhaft genügend substantiiert. Wenn ein Kläger behaupte, die Schadenshöhe entspreche dem Wert von fünf Mehrfamilienhäusern in G._____ und einem Mehrfamilienhaus in H._____ im Jahre 2002, so wisse der Richter mit Sicherheit, dass das einem Schaden von über Fr. 30'000.– entspreche. Sechs Mehrfamilienhäuser im Kanton Zürich, die im Jahre 2002 weniger als Fr. 30'000.– wert (netto) und damit bis nahezu 100 % des Verkehrswertes mit Hypotheken belastet gewesen seien, gebe es nicht (Urk. 129 S. 41 f.). Gemäss Bundesgericht genüge für den

Wert einer Liegenschaft in einem bestimmten Zeitpunkt die überwiegende Wahrscheinlichkeit. Sie, die Klägerin, habe den Nettowert der fraglichen sechs Mehrfamilienhäuser mit Fr. 1'932'500.– (Fr. 230'000.– + Fr. 1'702'500.–) als Minimalwert klar behauptet, womit eine die Summe von Fr. 30'000.– übersteigende Schadenersatzforderung bestehe. Die Behauptung der Schadenshöhe habe sie mit den Kaufverträgen als objektiven Beweismitteln belegen und mit dem Index für Konsumentenpreise untermauern können. Dazu habe sie die Hypothekarbelastung mit entsprechenden Verträgen der N._____ belegt (Urk. 129 S. 43 ff.). Selbst unter Vernachlässigung einer Wertsteigerung hätten die fünf Mehrfamilienhäuser in G._____ jedenfalls einen Nettowert von Fr. 1'150'000.– und dasjenige in H._____ einen solchen von Fr. 230'000.– gehabt (Urk. 129 S. 47). Entgegen der Vorinstanz stehe ihr die Hälfte des Nettoerlöses der Liegenschaften nicht zu. Es handle sich um eine hypothetische Anwartschaft, da die Eheleute bis heute nicht geschieden seien (Urk. 129 S. 48). Die Vorinstanz habe willkürlich festgehalten, dass kein Gesamtschaden nachgewiesen sei und damit Art. 97 OR verletzt. Zudem habe sie überhöhte Substantiierungsanforderungen an die Schadenshöhe gestellt und Art. 8 ZGB verletzt, da sie sich auch nicht darauf beschränkt habe, den Schaden in der eingeklagten Höhe von Fr. 30'000.– zu prüfen. Sie habe für den Schadensnachweis zu Unrecht das strikte Regelbeweismass gefordert und das rechtliche Gehör verletzt, da sie sich geweigert habe, das von der Klägerin offerierte Gerichtsgutachten abzunehmen (Urk. 129 S. 49 ff.).

7.3 Zum Kausalzusammenhang macht die Klägerin geltend, die falsche Beratung und fehlerhafte Vertragsgestaltung durch den Beklagten hätten dazu geführt, dass sie einen teilnichtigen Vertrag unterzeichnet habe und diesen habe beurkunden lassen. Die Vertragsverletzung sei direkte Ursache des Schadenseintritts (Urk. 129 S. 52). Sie habe hinreichend behauptet, dass die Beurkundung bei pflichtgemässer Aufklärung durch den Beklagten in Zürich hätte durchgeführt werden können (Urk. 129 S. 69). Der Einwand des Beklagten, dass der Ehemann nicht bereit gewesen sei, weitere bzw. hohe Notariatskosten zu tragen, verfange nicht, zumal die Notariatskosten im Kanton Zürich zu den schweizweit tiefsten Notariatsgebühren gehören würden. Das Argument, da sich der Ehemann den Weg nach Bern habe ersparen wollen, sei er auch nicht bereit gewesen, die Beurkun-

derung im Kanton Zürich, seinem Wohnsitzkanton, vornehmen zu wollen, entbehre jeglicher Grundlage. Wenn der Ehemann bereit gewesen sei, für die Beurkundung in den Kanton Aargau zu fahren, so hätte er nach dem hypothetischen Lauf der Dinge umso mehr gewillt sein müssen, die Beurkundung in seinem Wohnsitzkanton vorzunehmen (Urk. 129 S. 57 ff.). Dass die Vorinstanz der Auffassung des Beklagten gefolgt sei, sei willkürlich (Urk. 129 S. 63). Bei der geltend gemachten fehlenden Bereitschaft des Ehemanns, eine Beurkundung am Zürcher Belegenheitsort vorzunehmen, handle es sich um eine rechtshindernde Tatsache, weshalb die Behauptungs- und Beweislast beim Beklagten sei (Urk. 129 S. 61). Der Beklagte habe aber keinerlei rechtshindernde Tatsachenbehauptungen vorgebracht bezüglich der zeitlichen Unmöglichkeit des Ehemannes, um ab dem 1. Juli bis zum Streitausbruch am 15. August 2002 eine einseitige Beurkundung im Kanton Zürich vorzunehmen bzw. vornehmen zu lassen (Urk. 129 S. 78).

Auch die weiteren von der Vorinstanz zum zeitlichen Ablauf im Sommer 2002 getroffenen Annahmen, wie beispielsweise, die Klägerin sei um den 15. Juli 2002 in die Ferien gefahren, seien falsch (Urk. 129 S. 64 f.). Entgegen der Vorinstanz gehe es einzig um die Beurkundung des Schenkungsversprechens der Zürcher Liegenschaften und nicht um allfällige weitere, gar im Ausland sich befindende Grundstücke. Auch gehe es nicht um eine Zeitspanne der Beurkundung lediglich zwischen dem 10. Juli und 15. Juli 2002; ab dem 1. Juli 2002 sei die durch beide Ehegatten mit einfacher Unterschrift genehmigte Vereinbarung zur Beurkundung vorgelegen (Urk. 129 S. 65 f.). Keine der Parteien habe behauptet, dass die Klägerin am 15. Juli 2002 in die Ferien gefahren sei (Urk. 129 S. 67). Der Beklagte bringe keinerlei konkrete Behauptung vor, dass es dem Ehemann zeitlich unmöglich gewesen wäre, nach der Vertragseinigung am 1. Juli 2002 und vor dem erneuten Streitausbruch Mitte August 2002 eine solche einseitige Beurkundung beim zuständigen Zürcher Notar vorzunehmen resp. vornehmen zu lassen (Urk. 129 S. 70). Mangels einer solchen Behauptung müsse der von der Klägerin behauptete hypothetische Kausalverlauf, wonach auch in zeitlicher Hinsicht das Schenkungsversprechen über die Zürcher Liegenschaften mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge beurkundet worden wäre, als unbestritten und anerkannt gelten (Urk. 129 S. 71).

Weiter kritisiert die Klägerin, es sei nicht nachvollziehbar, auf welcher Grundlage die Vorinstanz davon ausgehe, sie habe den Kausalzusammenhang zwischen der falschen Vertragsgestaltung von Ziff. 9.3 des Vertrages und dem eingetretenen Schaden nicht behauptet, habe sie doch bereits in der Klageschrift den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen falscher Ausgestaltung von Ziff. 9.3 des Vertrages und dem erlittenen Schaden hinreichend behauptet (Urk. 129 S. 72 f.).

Schliesslich sei festzuhalten, dass eine absolute Formnichtigkeit des Schenkungsversprechens bezüglich der Zürcher Liegenschaften weder einer Anfechtung noch einer Aufhebung bedürfe (Urk. 129 S. 75).

8.1 Der Beklagte macht in der Berufungsantwort eingangs geltend, die Klägerin stelle ihren Anspruch gegenüber dem Beklagten auf den im Kanton Aargau beurkundeten Gesellschafts- und Schenkungsvertrag vom 10. Juli 2002 zwischen ihr und dem Ehemann, wobei sie ihre Schadenersatzforderung einzig auf die sechs Grundstücke im Kanton Zürich ("Zürcher Grundstücke") beschränkt haben wolle. Diese Einschränkung sei unzulässig, habe doch der Vertrag eine ganze Reihe von Bestimmungen umfasst; juristisch sei der Vertrag u.a. als einfache Gesellschaft ausgestaltet gewesen, mit welchem sich der Ehemann verpflichtet habe, eine ganze Reihe von Liegenschaften im In- und Ausland sowie Beteiligungen in diese einzubringen (Urk. 135 S. 5). Die Auffassung der Vorinstanz zum Umfang und Inhalt der Redaktion des betreffenden Vertrages sei falsch bzw. unvollständig (Urk. 135 S. 19). Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz davon ausgehe, dass der Vertrag vom Beklagten so zu redigieren gewesen sei, dass die Klägerin "(nur?)" hinsichtlich der streitgegenständlichen "Zürcher Liegenschaften" die Grundbuchanmeldung als Eigentümerin hätte selbst vornehmen können (Urk. 135 S. 20).

8.2 Kernthema in der Berufungsantwort bildet die vom Beklagten bereits vor Vorinstanz vertretene Auffassung, dass der Klägerin gar keine Grundlage für einen Schadenersatzanspruch gegenüber dem Beklagten mehr zustehe. Die Klägerin habe - ohne Mitwirkung des Beklagten - mit ihrem Ehemann am 22. Dezember 2006 eine Vereinbarung geschlossen. Darin hätten die Eheleute rückwirkend die Aufhebung des streitgegenständlichen Gesellschafts- und Schenkungsvertrags

vom 10. Juli 2002 vereinbart. Der Aufhebungsvertrag bewirke den endgültigen und unmittelbaren Untergang der Forderung bzw. die Obligation gehe als Ganzes unter. In der öffentlichen Urkunde vom 19. Januar 2007 sei diese Vereinbarung - ohne Mitwirkung des Beklagten - mehr oder weniger identisch noch einmal festgehalten worden. Der eigentliche Vollzug bzw. die Umsetzung des Vergleichs zwischen der Klägerin und ihrem Ehemann ergebe sich sodann aus der öffentlichen Urkunde vom 28. Oktober 2010 (Urk. 135 S. 7 ff.). Als Folge dieser Vereinbarungen und der damit u.a. zurückgezogenen Klage betreffend die Liegenschaft in H. _____ habe die Klägerin aus freien Stücken auf ihre mit dem Gesellschafts- und Schenkungsvertrag vom 10. Juli 2002 eingeräumte Rechtsposition verzichtet. Durch die rückwirkende, vollumfängliche und freiwillige Aufhebung habe sich die Klägerin so gestellt, wie wenn der Vertrag nie existiert hätte (Urk. 135 S. 9). Die klägerische Behauptung, dass es sich beim Vertrag vom 10. Juli 2002 um einen "Nonvaleur" handle und sie gezwungen gewesen sei, in diesen (Aufhebungs-)Vertrag einzulenken, treffe nicht zu. Einerseits habe die Klägerin einen Barbetrag von Fr. 2 Mio. erhalten und andererseits ein Einfamilienhaus in Wettingen behalten, was keinen "Nonvaleur" darstelle. Darüber hinaus habe sie die auf Realvollzug eingeleitete Klage gegen ihren Ehemann betreffend die Liegenschaft in H. _____ zurückgezogen (Urk. 135 S. 13 f.).

8.3 Im Übrigen habe die rückwirkende, freiwillige Aufhebung des Gesellschafts- und Schenkungsvertrags vom 10. Juli 2002 auch zur Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs geführt (Urk. 135 S. 18 f.).

9.1 Voraussetzung für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches nach Art. 97 OR ist ein Schaden, der durch Vertragsverletzung verursacht wurde. Nach dem allgemeinen Schadensbegriff, wie er in der Praxis des Bundesgerichts verwendet wird, ist der Schaden eine unfreiwillige Vermögensverminderung, der in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven (damnum emergens) oder im entgangenen Gewinn (lucrum cessans) bestehen kann. Er entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 144 III 155 E. 2.2; 142 III 23 E. 4.1; 132 III 321 E. 2.2.1; 129 III 331 E. 2.1). Der geltend ge-

machte Schaden besteht vorliegend in der nicht eingetretenen Zunahme der Aktiven zufolge der Nicht-Übertragung der ausserkantonalen Liegenschaften. Ausserkantonal ist nicht aus Sicht des Zürcher Anwalts, sondern aus Sicht des Aargauer Notars zu verstehen; gemeint sind die Liegenschaften in G._____ und H._____ (Urk. 2 S. 32 ff.). Geschuldet ist grundsätzlich das Erfüllungsinteresse (positives Interesse).

9.2 Ist ein Anspruch teilbar, so kann auch nur ein Teil eingeklagt werden (Art. 86 ZPO). Lehre und Rechtsprechung unterscheiden zwischen echter und unechter Teilklage. Mit der "echten Teilklage" wird ein quantitativer Teilbetrag aus dem gesamten Anspruch eingeklagt, bei der "unechten Teilklage" verlangt die klagende Partei einen individualisierbaren Anspruch des Gesamtbetrags. Insbesondere mit Blick auf die Rechtskraft von Urteilen, in welchen eine Teilklage abgewiesen wird, ist sodann gegebenenfalls zwischen der Teilklage über einen einzig betragsmässig beschränkten Teil einer Forderung und der Teilklage über einen oder mehrere Schadensposten zu differenzieren (vgl. BGer 4A_395/2021 vom 7. Oktober 2021, E. 2 mit Hinweis auf BGE 147 III 345 E. 6.4.3).

Die Klägerin hat mit Bezug auf die sechs Liegenschaften im Kanton Zürich eine echte Teilklage eingereicht, da sie nur einen Teil (quantitativ) einer Gesamtforderung (vorliegend Fr. 1'932'500.-; Urk. 2 S. 36; vgl. auch Urk. 2 S. 5, 32) eingeklagt hat. Betreffend die Folgen einer Teilklage hatte das Bundesgericht wiederholt festgehalten, dass das Urteil grundsätzlich nur für den beurteilten Teilbetrag, nicht jedoch bezüglich der Gesamtforderung Rechtskraftwirkung entfaltet (BGE 125 III 8 E. 3b). Gemäss BGE 147 III 345 gilt allerdings das Folgende: Beschränkt die klagende Partei ihr Klagebegehren wie vorliegend einzig *betragsmässig*, darf das Gericht dieses nur abweisen, wenn es zur Erkenntnis gelangt ist, dass der klagenden Partei aus dem behaupteten Sachverhalt *überhaupt keine Forderung* zusteht. Mit anderen Worten hat es vor der Abweisung der Teilklage die gesamte von der klagenden Partei behauptete Forderung zu prüfen. Folge ist, dass die Rechtskraft des Urteilsdispositivs (auf Klageabweisung) eine zweite Klage über einen weiteren Teil derselben Forderung ausschliesst (BGE 147 III 345 E. 6.4.2). Demgegenüber gilt: Ist die zu beurteilende Teilklage

nicht *betragsmässig* auf einen Teil der Gesamtforderung, sondern vielmehr *auf einzelne Schadensposten* begrenzt, muss das Gericht - im Gegensatz zum hier interessierenden Fall einer einzig betragsmässig beschränkten Klage - auch für eine Abweisung nicht den Gesamtschaden, sondern lediglich die eingeklagten Schadensposten prüfen. Es findet daher in einem solchen Fall ohne Weiteres der Grundsatz Anwendung, dass das erste Urteil das zweite Verfahren über die weiteren Schadensposten nicht präjudiziert (vgl. BGE 147 III 345 E. 6.4.3.).

9.3 Die Vorinstanz hielt der Klägerin wie erwähnt vor, sie habe die Nettowerte der fraglichen Liegenschaften für den massgeblichen Zeitpunkt (Oktober 2002) nicht substantiiert dargelegt (E.II.5.3). Die Klägerin hält dem entgegen, sie müsse nicht den Millionenschaden frankengenau erörtern; es genüge im Rahmen der vorliegenden Teilklage, dass das Gericht zur Überzeugung gelange, dass der Schaden Fr. 30'000.– betrage. Der Eintritt des Schadens in der Höhe des Nettowerts der sechs Liegenschaften in G._____ und H._____ sei unzweifelhaft genügend substantiiert (E. II.7.2).

9.4 Wie es sich damit verhält, kann aufgrund der nachfolgenden Erwägungen offengelassen werden.

10.1 Die Klägerin stützt ihre Forderung wie gesehen auf den im Kanton Aargau öffentlich beurkundeten Gesellschafts- und Schenkungsvertrag und macht nicht etwa Aufwendungen geltend, die ihr der Beklagte als Anwalt für seine Bemühungen im Zusammenhang mit der Ausgestaltung/Redaktion des fraglichen Vertrags seinerzeit in Rechnung gestellt hat. So wiederholte sie auch in der Berufung, dass im Zentrum des Verfahrens der im Kanton Aargau beurkundete Gesellschafts- und Schenkungsvertrag vom 10. Juli 2002 zwischen ihr und D._____ stehe (Urk. 129 S. 11; Urk. 146 S. 5). Das von ihr behauptete schädigende Ereignis beruht auf der geltend gemachten Vertragsverletzung des Beklagten, der das Anwaltsmandat im Jahr 2002 im Zusammenhang mit der Ausgestaltung und Redaktion des genannten Vertrags nicht gehörig erfüllt haben soll. Die Klägerin macht gestützt auf den fraglichen Vertrag eine Forderung geltend, nämlich Ersatz für die ihr entgangenen Aktiven infolge Nichtübertragung der Liegenschaften. Sie trägt vor, der Schadenseintritt habe sich bereits bei Vereinbarung des grossteils formungül-

tigen Gesellschafts- und Schenkungsvertrags im Juli 2002 und spätestens Mitte August 2002, als der Ehemann die Anfechtung des Vertrags infolge angeblichen Grundlagenirrtums und den Widerruf der Schenkungen erklärt habe, realisiert. Im Sommer 2002 sei der Schaden bereits vollständig eingetreten (Urk. 146 S. 19 ff.). Die Klägerin reichte ihre Klage im Jahr 2016 ein. Mit dem Beklagten ist zu fragen, ob die Klägerin im Zeitpunkt der Anhängigmachung der Klage bzw. im Urteilszeitpunkt über eine Anspruchsgrundlage verfügte bzw. ein Schaden bestand. Dass der Schaden bzw. die Schadenshöhe mit dem schadensverursachenden Ereignis nicht zwingend feststeht, zeigt sich unter anderem an der Schadenminderungspflicht. Letztere oder besser die Schadenminderungsobligiegenheit bezeichnet die aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitete allgemeine Pflicht des Geschädigten, den eingetretenen Schaden nach Möglichkeiten zu vermindern und der Vergrösserung des Schadens entgegenzutreten (vgl. BSK OR I-Kessler, N 13 zu Art. 44 OR).

10.2 Mit Datum vom 22. Dezember 2006 schlossen die Klägerin und D. _____ (und weitere Beteiligte) einen Vergleich, der unter anderem Folgendes vorsah: "Der öffentlich beurkundete Vertrag vom 10. Juli 2002 (Notar E. _____, F. _____) sowie vorerfolgte handschriftliche Vereinbarungen werden hiermit entschädigungslos und rückwirkend aufgehoben. Der diesbezügliche Prozess betreffend Liegenschaft H. _____ beim Bezirksgericht Zürich wird unter gegenseitigem Verzicht auf Prozessentschädigungen und Halbierung der Gerichtskosten zurückgezogen. Die Eigentumsansprüche von A. _____ im Konkurs, insbesondere betreffend Aargauer Liegenschaften, werden anerkannt und die diesbezüglich eingegangenen Mietzinszahlungen werden zugunsten A. _____ freigegeben (da er die Hypothekarzinsen vorgeschossen hat." (Urk. 17 S. 51 Rz 169; Urk. 135 S. 7 Rz 15; Urk. 18/49 S. 2 f. Ziff. 1.e). Dieser Vergleich wurde sodann am 19. Januar 2007 öffentlich beurkundet durch einen Notar im Kanton Luzern (Urk. 82/69). Aus dem öffentlich beurkundeten Vertrag geht hervor, dass er unter einer Suspensivbedingung stand, nämlich, dass D. _____ eine güterrechtliche Ausgleichszahlung leistet (Urk. 82/69 Ziff. 5). Es ist unbestritten, dass diese Ausgleichszahlung geleistet wurde. Zufolge Eintritt der Bedingung wurde daher der Gesellschafts- und Schenkungsvertrag vom 10. Juli 2002 entschädigungslos vollumfänglich von den Eheleuten aufgehoben.

10.3 Gemäss Art. 115 OR kann eine Forderung durch Übereinkunft ganz oder zum Teil auch dann formlos aufgehoben werden, wenn zur Eingehung der Verbindlichkeit eine Form erforderlich oder von den Vertragsschliessenden gewählt war. Vom Vertrag über die Aufhebung einer Obligation ist die Vereinbarung über die Aufhebung eines ganzen Vertragsverhältnisses abzugrenzen. Auf diese findet Art. 115 OR analog Anwendung. Bestimmte Formvorschriften sind einzuhalten (CHK OR-Killias/Wiget., Art. 115 N 2). Zum Abschluss des Aufhebungsvertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich (Art. 1 Abs. 1 OR). Dabei hat sich die übereinstimmende Willenserklärung auf alle wesentlichen Vertragspunkte sowie den Abschlusswillen zu erstrecken (Art. 2 Abs. 1 OR; Gauch/Schlupe/Schmid, OR AT I, N 308 und N 341).

10.4 Die Klägerin macht geltend, die Luzerner Urkunde vom 19. Januar 2007 habe zu einer grundsätzlichen Aufhebung des Gesellschafts- und Schenkungsvertrages geführt. Indessen habe sie nicht, wie vom Beklagten behauptet, den rückwirkenden Wegfall ex tunc bewirkt. Vielmehr hätten die Parteien ein Rückabwicklungsverhältnis vereinbart, das in der Folge noch zu vollziehen gewesen sei. Mit der Luzerner Urkunde seien einzig die noch nicht erfüllten, gegenseitigen vertraglichen Ansprüche auf Übertragung der Gesellschaftsanteile erloschen, soweit diese überhaupt gültig und vollstreckbar bestanden hätten (Urk. 146 S. 15).

Der Aufhebungs- oder Erlassvertrag i.S.v. Art. 115 OR bewirkt den endgültigen und unmittelbaren Untergang der Forderung. Die Aufhebung stellt einen Erlösungsgrund der Obligationen aus diesem Vertrag i.S.v. Art. 115 OR durch Übereinkunft dar (BSK OR I-Loacker, Art. 115 N 21). Durch den Erlassvertrag wird die Rechtsstellung der Parteien dauerhaft und unwiderruflich geändert (Huguenin, Obligationenrecht AT und BT, 3. Aufl., Zürich 2019, Rz 732). Die Wirkung eines Aufhebungsvertrages besteht zunächst darin, dass die gegenseitigen Forderungen erlöschen und bereits erbrachte Leistungen Gegenstand einer vertraglichen Rückabwicklung bilden (BGer 4C.286/2005 vom 18. Januar 2006 E. 2.1). Gemäss Rechtsprechung ist der in Art. 109 OR geregelte Fall bei verzugsbedingtem Rücktritt vergleichbar mit der Situation, in welcher die Parteien durch den Abschluss eines Aufhebungsvertrages ebenfalls ein vertragliches

Rückabwicklungsverhältnis herbeigeführt haben (BGer 4C.286/2005 vom 18. Januar 2006, E. 2.3). Der verzugsbedingte Rücktritt nach Art. 109 Abs. 1 OR und der rückabwickelnde Aufhebungsvertrag verfolgen das gleiche Ziel. Beide Aufhebungstatbestände möchten die Parteien in die Rechtslage versetzen, in welcher sie vermutlich nach dem schicksalsmässigen Verlauf der Dinge ohne Abschluss des beseitigten Schuldvertrages gewesen wären, soweit dies möglich ist. Ziel dieser beiden Aufhebungstatbestände ist folglich der status quo sine (Büscher, Die einvernehmliche Aufhebung von Schuldverträgen, Diss. 2015, Rz 427).

10.5 Im zu beurteilenden Fall entsprach es dem übereinstimmenden Willen der Klägerin und von D._____, den Gesellschafts- und Schenkungsvertrag - unter Vorbehalt des Eintritts der Suspensivbedingung - "rückwirkend, d.h. per 10.7.2002, und entschädigungslos, vollumfänglich aufzuheben" (Urk. 82/69 S. 2 Ziff. 4; Urk. 18/49 S. 2 f. Ziff. 1.e). Es bestand somit Konsens zwischen den Eheleuten betreffend die Herbeiführung der Aufhebungswirkung im Sinne einer Erlöschungswirkung und betreffend den Aufhebungsgegenstand. Sowohl im Vertrag vom 22. Dezember 2006 wie im zweiten Vertrag vom 19. Januar 2007 wird nicht unterschieden zwischen den Grundstücken in verschiedenen Kantonen; es ist stets die Rede vom "öffentlich beurkundete[n] Vertrag vom 10. Juli 2002" bzw. "Gesellschafts- und Schenkungsvertrag vom 10. Juli 2002" (Urk. 18/49 S. 2 Ziff. 1.e; Urk. 82/69 S. 2 Ziff. 4). Dies kann nach dem klaren Wortlaut nicht anders verstanden werden, als dass der Vertrag als Ganzes gemeint war und diesbezüglich ein übereinstimmender Rückabwicklungswille bestand.

10.6 Nach wohl herrschender Lehre und Rechtsprechung wirken Aufhebungsverträge pro futuro (Büscher, a.a.O., Rz 382 ff.). Die Parteien können den Aufhebungsvertrag nicht rückwirkend ausgestalten und den Eintritt der Aufhebungswirkung in die Vergangenheit, also in die Zeit vor Abschluss des Aufhebungsvertrages, verlegen. Die Existenz von Pflichten, deren Gebot das Gebaren der Parteien tatsächlich schon beeinflusst hat, steht nicht einfach zur parteilichen Disposition. Die Rückwirkung ist nämlich ein rechtstechnischer Kunstgriff, eine Fiktion, welche einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedarf und somit nur durch den Gesetzgeber angeordnet werden kann. Da das Gesetz in keiner der auf den Aufhe-

bungsvertrag anwendbaren Normen den Parteien die Möglichkeit zur Vereinbarung einer Rückwirkung einräumt, besteht für die Parteien auch keine Möglichkeit, den Eintritt der Aufhebungswirkung vertraglich in die Vergangenheit zu schieben. Das bedeutet freilich nicht, dass die Parteien ein der Rückwirkung im Ergebnis stark gleichendes Resultat nicht durch Vereinbarung der Rückabwicklung des Aufhebungsgegenstandes vereinbaren können (Büscher, a.a.O., Rz 283 f.; von Thur/Peter, OR AT, Zürich 1979, S. 153 f.). Die aufgrund des rückabwickelnden Aufhebungsvertrages entstehenden Rückabwicklungsobligationen verändern die Rechtslage zwar nur für die Zukunft, ihr Inhalt wird aber von der Vergangenheit bestimmt (Büscher, a.a.O., Rz 387).

10.7 Der Auffassung des Beklagten, dass der Gesellschafts- und Schenkungsvertrag ex tunc dahingefallen sei, weshalb es an einer Grundlage für Schadenersatz fehle (Urk. 135 S. 10 ff.), kann nach dem Gesagten nicht gefolgt werden. Rechtsdogmatisch führten die Parteien mit dem Aufhebungsvertrag lediglich ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis herbei und nicht eine Vertragsaufhebung (vgl. auch BGE 114 II 152 E. 2c zur sog. Umwandlungstheorie bei Rückerstattungsansprüchen). Die Klägerin macht selbst geltend, dass sie und D._____ mit der "Luzerner Urkunde" vom 19. Januar 2007 ein Rückabwicklungsverhältnis vereinbart hätten, das in der Folge noch zu vollziehen gewesen sei (Urk. 146 S. 15). Auch die von den Eheleuten am 28. Oktober 2010 geschlossene Vereinbarung, gemäss welcher "jede Partei wieder so gestellt werden [soll], als wäre der Gesellschafts- und Schenkungsvertrag vom 10.07.02 nie abgeschlossen worden" (Urk. 18/35 S. 7), lässt sich als Rückabwicklung des Aufhebungsgegenstandes interpretieren.

10.8 Die Klägerin behauptet nicht, dass das von ihr erwähnte Rückabwicklungsverhältnis nicht vollzogen worden sei bzw. die entsprechenden Vollzugshandlungen nicht erfolgt seien. Dass die Eheleute den übereinstimmenden Willen bekundeten, von der ursprünglich vereinbarten Schenkung an die Klägerin abzusehen und das Erlöschen des Aufhebungsgegenstandes (d.h. des Gesellschafts- und Schenkungsvertrags vom 10.07.2002 als Ganzem) anstrebten, zeigt sich insbesondere darin, dass in der Vereinbarung vom 28. Oktober 2010 vereinbart wurde,

dass D._____ aufgrund der bereits erfolgten Übertragung an die Klägerin wieder als Alleineigentümer "zufolge Aufhebung der Schenkung vom 10.7.02" für die Grundstücke Q._____ und R._____ einzutragen sei (Urk. 135 S. 9 Rz 18 mit Verweis auf Urk. 18/35 S. 7). Auch macht der Beklagte geltend, dass die Eheleute mit der Rückübertragung eines Teils der "Aargauer Liegenschaften" sowie der Freigabe der bereits eingegangenen Mietzinse durch die Klägerin an D._____ den Beweis dafür erbracht hätten, dass sich die Eheleute auf den "status quo" von vor dem 10. Juli 2002 gestellt hätten, mithin so, als wäre der Gesellschafts- und Schenkungsvertrag nie abgeschlossen worden (Urk. 135 S. 11, 14; Urk. 17 S. 63).

Dass die Aufhebung des Schenkungsvertrags dem Willen der Klägerin entsprach, zeigt sich auch darin, dass sie - wie der Beklagte vorträgt (E. II.8.2) - im Nachgang zum Abschluss der Vereinbarung am 22. Dezember 2006 ihre im Jahr 2003 gegen D._____ eingereichte Klage beim Bezirksgericht Zürich auf Zuteilung des Mehrfamilienhauses in H._____ zu Alleineigentum am 6. März 2007 zurückzog (Urk. 17 S. 51 f.).

10.9 Die Klägerin argumentiert, der Gesellschafts- und Schenkungsvertrag vom 10. Juli 2002 sei nichtig gewesen. Eine absolut nichtige Vereinbarung bedürfe weder einer Anfechtung noch einer Aufhebung (Urk. 129 S. 75; Urk. 146 S. 18; vgl. schon Urk. 2 S. 25; Urk. 130 S. 19). Nichtigkeit bedeutet, dass der Vertrag ex tunc keine rechtsgeschäftlichen Wirkungen entfaltet (BGE 134 III 438 E. 2.3). Es ist umstritten, ob der Aufhebungsvertrag ein kausales oder abstraktes Rechtsgeschäft darstellt. Nach wohl herrschender Lehre setzt der Aufhebungsvertrag kein gültiges Verpflichtungsgeschäft («causa») voraus. Demnach soll es genügen, dass die Parteien mit ihrem Geschäft eine Obligation aufheben wollten, auch wenn sie sich nicht vorgängig dazu verpflichtet haben. Die Annahme der abstrakten Natur des Aufhebungsvertrags trägt überdies zur Rechtssicherheit bei (CHK OR-Killias/Wiget, Art. 115 N 6 mit Hinweisen). Die Klägerin macht nicht geltend, dass vereinbart worden wäre, dass der Aufhebungsvertrag nur bei gültigem Verpflichtungsgeschäft Wirkung entfalte. Selbst wenn der Vertrag (teil)nichtig war, bewirkten der von der Klägerin am 22. Dezember 2006 geschlossene und die am

19. Januar 2007 und 28. Oktober 2010 öffentlich beurkundeten Aufhebungsverträge das Erlöschen der Leistungspflichten aus dem Gesellschafts- und Schenkungsvertrag. Wie der Beklagte anführt, verzichtete die Klägerin darüber hinaus auf die einklag- und durchsetzbare Mitwirkungsverpflichtung von D._____ beim Schenkungsvollzug (Urk. 135 S. 14 mit Verweis auf Urk. 4/14 Ziff. 9.2; Urk. 130 S. 15).

10.10 Wie erwähnt (E. II.10.4), ist Ziel des Aufhebungstatbestands der status quo (sine). Mit ihren Abkommen zielten die Eheleute somit darauf ab, sich auf den "status quo" von vor dem 10. Juli 2002 zu stellen. Dies kann konsequenterweise nur so verstanden werden, dass auch die streitbetroffenen Grundstücke in G._____ und H._____ zurückübertragen worden wären, selbst wenn die Grundbucheintragung aufgrund des Gesellschafts- und Schenkungsvertrags im Jahre 2002 erfolgt wäre. Die Klägerin behauptet nämlich nicht substantiiert, dass sie die Aufhebungsverträge im Jahre 2006 und später (vgl. Urk. 18/49, 82/69, 18/35) nie abgeschlossen hätte, wenn kein Formmangel vorgelegen hätte und die Grundstücke im Jahr 2002 auf sie hätten übertragen werden können. Sie macht auch nicht geltend, dass sie die fraglichen Grundstücke gleich wie die "S._____ Liegenschaft" von der Aufhebungsvereinbarung ausgenommen und für sich behalten hätte. Mit anderen Worten wären die streitgegenständlichen Grundstücke mit der Rückabwicklung und der Rückübertragung wieder der güterrechtlichen Auseinandersetzung zugeführt worden. Daraus folgt, dass die von der Klägerin geltend gemachte Vermögensverminderung durch Nichtübertragung von Aktiven selbst dann eingetreten wäre, wenn die Transaktion aufgrund des Gesellschafts- und Schenkungsvertrags erfolgt wäre.

11.1 Grundsätzlich ist für die Schadensermittlung der Urteilszeitpunkt massgebend (vgl. BGE 145 III 225 E. 4.1). Damit ist die Frage zu prüfen, ob das unter E. II.10.10 genannte hypothetische Ereignis bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen ist bzw. es stellt sich die Frage nach dessen hypothetischer Kausalität. Vorauszuschicken ist, dass die Terminologie sowie die vorgenommenen Differenzierungen uneinheitlich sind (BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 N 394). Nach Fellmann/Kottmann spricht man von hypothetischer Kausalität, wenn neben

der Ursache, die den Schaden bewirkt hat, noch eine hypothetische Ursache besteht, von der man annimmt, sie hätte zum gleichen Schaden geführt. Man bezeichnet diese hypothetische Ursache auch als "Reserveursache" (Fellmann/Kottmann, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bern 2012, N 505). Schwenger/Fountoulakis weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass zwischen hypothetischer und überholender Kausalität zu differenzieren sei (Schwenger/Fountoulakis, OR AT, N 21.04). Im Unterschied zur überholenden Kausalität (Beispiel: Das bei einem Verkehrsunfall beschädigte Auto wäre in der folgenden Nacht auf dem Autoabstellplatz des Halters durch einen umstürzenden Baum ebenfalls beschädigt worden [vgl. Schwenger/Fountoulakis, a.a.O., N 21.04]), wird die Reserveursache nicht durch die "reale" Schadensursache überholt, sondern sie entsteht erst nach dieser und hätte ebenfalls zum Schaden geführt, wäre dieser nicht schon aufgrund der "realen" Schadensursache eingetreten (ZK OR-Krauskopf, Art. 144 N 120). Oder mit anderen Worten: Die Differenzierung zwischen hypothetischer und überholender Kausalität betrifft lediglich die zeitliche Abfolge der Geschehnisse. Bei hypothetischer Kausalität ist die real schädigende Ursache der Reserveursache zeitlich vorgelagert. Umgekehrt liegt der Fall bei überholender Kausalität. In beiden Konstellationen ist aber vorausgesetzt, dass die Reserveursache denselben Schaden herbeigeführt hätte wie die real schädigende Ursache (BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 N 390).

11.2 Das Bundesgericht führte bereits im Jahre 1989 aus, es sei in der schweizerischen Lehre umstritten, ob der Schädiger zu seiner Befreiung einwenden könne, der behauptete Schaden wäre unabhängig von seinem Verhalten wegen späterer hypothetischer Ereignisse ohnehin eingetreten; die Rechtsprechung des Bundesgerichts sei diesbezüglich uneinheitlich. Allerdings musste es im konkreten Fall aufgrund von zwei parallelen Verläufen (die beide im gleichen Zeitpunkt zum schadensauslösenden Ereignis geführt haben würden, von denen einer hypothetisch blieb) nicht darüber entscheiden, ob auch hypothetische Ereignisse von Bedeutung sind, die erst nach Schadenseintritt wirksam sind. Aufgrund der zeitlichen Nähe der hypothetischen Ereignisse sprach sich das Bundesgericht unter Hinweis auf Oftinger im konkreten Fall dafür aus, die hypothetische Kausalität aufgrund von wertenden Gesichtspunkten zu berücksichtigen. Zuvor erwog das Bundesge-

richt unter Hinweis auf die Lehre, dass bei der *Schadensberechnung* spätere hypothetische Ereignisse in der Regel berücksichtigt würden, sei es aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder unmittelbar aufgrund des allgemeinen Schadensbegriffs (BGE 115 II 440 E. 4.a und 4.b S. 443 ff.). In der neueren Literatur wird ausgeführt, es sei in der Doktrin nach wie vor umstritten, ob hypothetische Reserveursachen zu berücksichtigen seien. Die höchstrichterliche Rechtsprechung sei nicht konstant, sondern entscheide aufgrund von "wertenden Gesichtspunkten" (BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 N 393 f.). Für eine differenzierende Lösung spricht sich der Zürcher Kommentar aus. Er hält dafür, dass dem Schädiger der Nachweis, der Schaden wäre auch ohne seine schädigende Handlung infolge einer Reserveursache eingetreten, dann nicht verwehrt werden könne, wenn die Reserveursache in der Risikosphäre des Geschädigten liege. Anders soll es sich dagegen bei zufallsbedingten Reserveursachen oder bei der schädigenden Handlung eines Dritten verhalten (ZK OR-Krauskopf, Art. 144 N 120, N 112, N 114 und N 116). Diese Lehrmeinung beruht – ohne es explizit zu sagen – ebenso auf wertenden Gesichtspunkten, die auch im vorliegenden Fall massgeblich sein müssen.

11.3 Das zweite Ereignis, die sog. Reserveursache, fällt in den Verantwortungsbereich der Klägerin als Gläubigerin. Es handelt sich nicht um ein Zufalls-Ereignis oder die schädigende Handlung eines Dritten. Der Beklagte betont mehrmals, dass die Klägerin die Vereinbarung vom 22. Dezember 2006 und die Folgeverträge freiwillig und ohne sein Dazutun unterzeichnet habe (Urk. 135 S. 9 ff. mit Verweis Urk. 17 Rz 210 f., Urk. 88 Rz 131). Die Klägerin macht nicht substantiiert geltend, dass diese Vereinbarungen ungültig sein sollen. Sie führte zwar vor Vorinstanz aus, sie habe in den (Aufhebungs-)Vertrag einlenken müssen, da es sich beim Vertrag vom 10. Juli 2002 um einen "Nonvaleur" gehandelt habe (Urk. 81 Rz 58 ff. und Rz 91). Wie der Beklagte vorträgt, hat die Klägerin auf einen Teil der "Aargauer Liegenschaften" verzichtet, indem sie zwar die "S. _____ Liegenschaft" behielt, die übrigen auf sie lautenden Liegenschaften aber auf ihren Ehemann zurückübertrug. Zudem hat sie einen Barbetrag von Fr. 2 Mio. erhalten, was gegen einen Nonvaleur spricht. Im Berufungsverfahren erklärt die Klägerin, sie habe nie behauptet, der Vertrag vom 10. Juli 2002 sei gänzlich wertlos, sie habe bereits in

der Klageschrift drei Kategorien aufgezeigt (Urk 146 S. 35). Jedenfalls ist festzuhalten, dass allein mit diesen Angaben ein Mangel beim Abschluss des Aufhebungsvertrags (Art. 23 ff. OR) nicht dargetan ist. Gestützt auf den klaren Wortlaut in den Vertragsurkunden ist davon auszugehen, dass die Klägerin und D._____ den übereinstimmenden Willen hatten, den Gesellschaftsvertrag als Ganzes aufzulösen (und nicht nur einzelne Teile, vgl. Urk. 146 S. 35; vgl. E. II.10.5) und die Klägerin diese Verträge freiwillig eingegangen ist, zumal die Eheleute eine Bereinigung von Nebenverfahren in ihrem Scheidungsverfahren beabsichtigten (Urk. 82/69 S. 1).

Das spätere hypothetische Ereignis, das auf klägerischer Seite zur gleichen Vermögensverminderung geführt hätte, fällt somit vollumfänglich in den Verantwortungsbereich der Klägerin, weshalb es vorliegend angezeigt erscheint, diese Reserveursache zu berücksichtigen. Eine allfällige Vertragsverletzung durch den Beklagten als mögliches auslösendes Ereignis für die reale Schädigung wurde von der Jahre später erfolgten Aufhebungsvereinbarung durch die Klägerin gleichermassen neutralisiert. Eine allfällige Vertragsverletzung durch den Beklagten war daher für den Schadenseintritt nicht rechtserheblich, da letzterer auch dann erfolgt wäre, wenn der Beklagte seinen vertraglichen Pflichten vollumfänglich nachgekommen wäre.

12. Nach dem Gesagten mangelt es an der Anspruchsvoraussetzung des eingetretenen Schadens. Damit kann offenbleiben, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausging, es fehle auch an einer Sorgfaltspflichtverletzung und am adäquaten Kausalzusammenhang, weshalb sich die Beurteilung der diesbezüglichen Beanstandungen erübrigt. Die Klage ist abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil in der Sache, inklusive Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 130 S. 46 Disp.-Ziff. 1-8), zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens der mit ihrem Rechtsmittelantrag unterliegenden Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Basierend auf einem Streitwert von Fr. 30'000.– ist die zweitinstanzliche Ent-

scheidgebühr gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'950.– festzusetzen und mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin ist ausserdem zu verpflichten, dem Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese ist auf Fr. 2'500.– zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer festzusetzen (§ 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 24. Juni 2021 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 3'950.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'692.50 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 82 ff. (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) i.V.m. Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 30'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 26. April 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Huizinga

lic. iur. S. Notz

versandt am:
ya